

Comentário à Jurisprudência

COMENTÁRIO SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE *HABEAS CORPUS* 113.608- MG

MOARA DE BELLIS DUARTE
Advogada

1. Acórdão

HABEAS CORPUS Nº 113.608 - MG (2008/0181162-2)
RELATOR: MINISTRO OG FERNANDES
R.PACÓRDÃO: MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP)
IMPETRANTE: MAURÍCIO LOPES DE PAULA E OUTROS
IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE: ROGÉRIO DE OLIVEIRA ANDRADE

EMENTA: Lei Maria da Penha. Delito de lesões corporais de natureza leve (art. 129, § 9º do CP). Ação penal dependente de representação. Possibilidade de retratação da representação. Extinção da punibilidade pela decadência.

1. O art. 16 do Lei nº 11.340/06 é claro ao autorizar a retração, mas somente perante o juiz. Isto significa que a ação penal, na espécie, é dependente de retratação. 2. Outro entendimento contraria a nova filosofia que inspira o Direito Penal, baseado em princípios de conciliação e transação, com o objetivo de humanizar a pena e buscar harmonizar os sujeitos ativo e passivo do crime.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Celso Limongi concedendo a ordem de *habeas corpus*, seguido pelos Srs. Ministros Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura, e o voto Sr. Ministro Paulo Gallotti, acompanhando a Relatoria, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conceder a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Celso Limongi, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Relator e Paulo Gallotti. Votaram com o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJSP) os Srs. Ministros Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves. Brasília, 05 de março de 2009(Data do Julgamento)

2. Introdução

Em virtude do disposto no art. 40 da Lei 11.340/07, alcunhada “Lei Maria da Penha”, que vedou, peremptoriamente, a aplicação da Lei 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, a doutrina e os tribunais pátrios têm questionado a natureza da ação penal relativamente ao delito de lesão corporal leve e lesão corporal culposa, art.129, *caput*, e art.129, § 6º, do Código Penal, respectivamente.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu ser a referida ação pública, mas condicionada à representação da ofendida. É o que se verifica da seguinte decisão, *in verbis*:

A Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, concedeu a ordem de *habeas corpus*, *mudando o entendimento quanto à representação prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Considerou que, se a vítima só pode retratar-se da representação perante o juiz, a ação penal é condicionada.* Ademais, a dispensa de representação significa que a ação penal teria prosseguimento e impediria a reconciliação de muitos casais”. HC 113.608-MG, Rel. originário Min. Og Fernandes, Rel. para acórdão Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), julgado em 5/3/2009. (grifo nosso).

Deveras, a decisão em comento contrariou a linha de orientação que parecia firmar-se naquela augusta Corte, no sentido de que a ação penal nos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa, praticados nas circunstâncias da Lei 11.340/2006, não estaria submetida a qualquer pressuposto, sendo incondicionada, portanto. É o que se extrai do voto da desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Jane Silva, convocada para atuar no Superior Tribunal de Justiça, proferido em sede de *habeas corpus*:

A Turma, por maioria, denegou a ordem, reafirmando que, *em se tratando de lesões corporais leves e culposas praticadas no âmbito familiar contra a mulher, a ação é, necessariamente, pública incondicionada.* Explicou a Min. Relatora que, em nome da proteção à família, preconizada pela CF/1988, e frente ao disposto no art. 88 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que afasta expressamente a aplicação da Lei n. 9.099/1995, os institutos despenalizadores e as medidas mais benéficas previstos nesta última lei não se aplicam aos casos de violência doméstica e independem de representação da vítima para a propositura da ação penal pelo MP nos casos de lesão corporal leve ou culposa. Ademais, a nova redação do § 9º do art. 129 do CP, feita pelo art. 44 da Lei n. 11.340/2006, impondo a pena máxima de três anos à lesão corporal qualificada praticada no âmbito familiar, proíbe a utilização do procedimento dos juizados especiais e, por mais um motivo,

afasta a exigência de representação da vítima. Conclui que, nessas condições de procedibilidade da ação, compete ao MP, titular da ação penal, promovê-la. Sendo assim, despidiendola, também, qualquer discussão da necessidade de designação de audiência para ratificação da representação, conforme pleiteava o paciente. Precedentes citados: HC 84.831-RJ, DJe 5/5/2008, e REsp 1.000.222-DF, DJe 24/11/2008. HC 106.805-MS, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), julgado em 3/2/2009.

O argumento da r. decisão seduz pela consistência de seus fundamentos. Isso porque a legislação em questão foi editada a pretexto de outorgar à mulher tratamento jurídico especial, conferindo-lhe maior proteção quando vítima da violência doméstica e familiar, tanto que tal espécie normativa minudencia o rol de direitos pertencentes ao gênero feminino. Este tem sido o argumento, via de regra, adotado pela corrente doutrinária que *predica de incondicionada a ação penal* para a persecução daqueles fatos, singularmente típicos nas condições descritas na Lei 11.340/2006. Segundo esse entendimento, a *simples tipificação de determinada conduta como penalmente relevante não assegura a eficácia da norma incriminadora, razão pela qual é necessária a criação de mecanismos, até mesmo exegéticos, que garantam a finalidade perquirida por ela*.

De outro lado, confrontando-se a Lei 11.340/2006 com a Lei 9.099/95, tem-se a impressão de que foi intenção do legislador afastar a incidência desta última às hipóteses de violência doméstica em detrimento da mulher. Isso porque o art. 88 da Lei 9.099/95 dispôs que a ação seria pública, mas condicionada à representação do ofendido, em se tratando das hipóteses de lesão corporal leve ou culposa e o art. 41 da Lei 11.340/2006 vedou expressamente a aplicação do procedimento do Juizado Especial Criminal aos casos que regula.

Socorrendo-se aos critérios hermenêuticos, a Lei 11.340/2006 regulou integralmente a matéria relativa à violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, sendo, portanto, uma *lex specialis*, de maneira a afastar a incidência de dispositivos inseridos em uma lei geral, no caso, a Lei 9.099/95, que se trata de uma *lex generalis*. As condutas penalmente relevantes perpetradas nas circunstâncias descritas na Lei Maria da Penha, de fato, não estarão sujeitas ao tratamento inaugurado pela Lei 9.099/95, nem à exceção disposta em seu art. 88, qual seja, a violência configurar lesão corporal leve ou culposa.

É este o entendimento perfilhado por Guilherme de Souza Nucci (2005, p. 1039):

[...] Se alguma vantagem houve, está concentrada na ação penal, que passa a ser pública incondicionada, retornado para a iniciativa do Ministério Público, sem depender de representação. Isto porque o art. 88 da Lei 9099/95 preceitua que dependerá de representação ação penal relativa aos crimes de lesões corporais (prevista no *caput* do art.129) e lesões corporais culposas (constante no § 6º do mesmo artigo). Ora

a violência doméstica, embora lesão corporal, cuja descrição típica advém do *caput*, é forma qualificada de agressão, logo, não mais depende de representação da vítima [...].

O pretendido tratamento mais severo dado à questão pode representar um retrocesso e aparenta conflitar com o princípio da igualdade inscrito no art. 5º da Constituição da República, cujo inciso I preceitua que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações [...]”. De toda sorte, e sem olvidar a fragilidade feminina submetida à prepotência evidenciada na violência doméstica, quando a mulher é a vítima, o *descrimen* entre fatos aparentemente idênticos, mas perpetrados em condições específicas que a norma especial qualifica, *pode justificar a licença plena de atuação do órgão do Ministério Público nestes casos*.

Segundo Guillermo Jorge Yacobucci e Gomes (2005), o novo enfoque da tarefa legislativa é congruente com os critérios que visam superar a mera prevenção geral negativa. De acordo com a política criminal contemporânea, a lei penal é coativa, buscando obter uma certa reafirmação social de valores ou lealdade ao direito e também.

Depois, as medidas de política criminal que orientam a produção legislativa tornam-se legítimas quando escudadas na norma fundamental do Estado, segundo uma concepção garantista do Direito Penal (FERRAJOLI, 2005). É dizer: o bem jurídico erigido como penalmente relevante deve também ser um valor insculpido na própria Constituição, para justificar *jus puniendi* estatal.

Analisando-se superficialmente a questão, poder-se-ia sustentar uma suposta ofensa ao princípio da isonomia, já que a mesma proteção dada às mulheres não foi assegurada ao gênero masculino, contrariando o que já escrevia Asnchütz: “[...] as leis devem ser executadas sem se olhar as pessoas” (*apud* CANOTILHO, 1997, p. 389). No entanto, enfrentando-se a matéria, tem-se que, conforme asseverou Canotilho (1997, p. 389): “[...] o princípio da igualdade, reduzido a um postulado de universalização, pouco adiantaria”.

3. Conclusão

Por isso, é possível assegurar a preservação do princípio da igualdade, já que as destinatárias da Lei 11.340/2006 não se encontram em realidade idêntica aos indivíduos do gênero masculino, que foram excluídos da abrangência da norma penal, conforme acima asseverado.

Ora, tomando-se a realidade sociocultural brasileira, em que a violência doméstica e familiar contra a mulher é um fato corriqueiro, como comprovam as incontáveis ocorrências policiais, a adoção do entendimento que autorize a atuação persecutória em juízo do membro do Ministério Público, independente da manifestação da vontade da vítima, que a representação formaliza, harmoniza-se com “Constituição Cidadã”, na expressão feliz do saudoso Ulysses Guimarães, em consonância ainda com a preservação da dignidade da pessoa humana. E, quiçá em futuro próximo, a mulher possa, alcançado de fato e de direito a igualdade com o sexo oposto, prescindir da tutela especial que a Lei Maria da Penha lhe outorgou. ♦

4. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CANOTILHO, Gomes J. J. *Direito Constitucional e Teoria a Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CORRÊA, Luciana Perpétua; COSTA, Ana Carolina Garcia. Breves Críticas e comentários à Lei 11.340/06 (Inconstitucionalidade do art. 41 Lei Maria da Penha). *Revista De Jure* – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 8, p. 249-270, jan./jun.2007.

CRESPI, Alberto; STELLA, Federico; Zuccala, Giuseppe et alli. *Commentario breve al Codice Penale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1999.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Leis Penais Especiais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Bem-Jurídico Penal e Constituição*. 10. ed. São Paulo: RT, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. A Teoria do Garantismo Penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SBADELOTTO, Fábio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito: Perspectivas (re)legitimadoras*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOLER, Sebastian. *Direito Penal Argentino*. 4. ed. Buenos Aires: TEA, 1992.

TOMA, Giangaspere Donato. Riciclaggio, indagini, evasione fiscale e... “gli addetti ai lavori”. *Diritto e Diritti Revista Giuridica online*: Ragusa. Disponível em: <<http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/24416.html>>. Acessado em: 20/09/2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge; GOMES, Luís Flávio. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. São Paulo: RT, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.